Texte de conférence (Espagne, Murcia, 2007)

DU « CAS D'URGENCE » A L'ETAT D'EXCEPTION PERMANENT

Les Etats-Unis se flattent depuis quelques années d'avoir engagé la guerre contre le terrorisme global, mais ce n'est qu'aujourd'hui que l'on peut en mesurer toutes les conséquences. La lutte contre le terrorisme est devenue une lutte offensive et préventive. Elle implique un droit de poursuite illimité qui, en autorisant le poursuivant à franchir les frontières, lui permet du même coup d'affirmer son hégémonie dans le monde. Mais elle relève aussi de l'urgence, et débouche de ce fait sur l'état d'exception. Caractéristique des « temps de détresse », l'état d'exception s'apparente à cet « état de nécessité » que l'historien Theodor Mommsen mettait en parallèle avec la légitime défense. Dans l'état d'exception, un Etat se trouve brusquement confronté à un péril extrême, à une menace mortelle à laquelle il ne peut faire face qu'en recourant à des moyens qui seraient injustifiables en temps normal au regard des normes mêmes qui sont les siennes. La situation d'urgence ou l'état d'exception se définit en d'autres termes comme la survenue brutale d'événements rares ou de situations imprévisibles qui, du fait de leur caractère menaçant, exigent d'y faire face immédiatement au moyen de mesures elles-mêmes exceptionnelles (restriction des libertés, loi martiale, état de siège, etc.), considérées comme seules adaptées à la situation.

Or, la notion de « cas d'urgence » (*Ernstfall*) ou d'état d'exception (*Ausnahmezustand*) joue un rôle central dans la théorie politique et constitutionnelle de Carl Schmitt , où elle se rattache à sa critique du libéralisme. Pour Schmitt, l'exception étant imprévisible, il est vain de croire qu'on puisse par avance déterminer les moyens qui permettront d'y répondre. Le libéralisme, qu'il s'inspire du formalisme néokantien ou du positivisme kelsénien, ne peut comprendre la nature de l'exception ni y faire face sans se trahir lui-même parce qu'il adhère à une conception strictement procédurale ou juridico-formelle de l'ordre social, qui prétend qu'une règle ou une norme pré-établie peut s'appliquer à n'importe quelle situation, ce que dément l'expérience historique.

En suspendant la norme légale, ajoute Carl Schmitt, l'exception aide à mieux comprendre la nature du politique, en ce sens qu'elle montre où réside la

souveraineté, c'est-à-dire ici la capacité concrète de décider face à une situation. L'état d'exception révèle à la fois l'instance et le lieu de la souveraineté, en même temps qu'il fait apparaître la décision (*Entscheidung*) dans sa « pureté absolue ». « Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet », écrit Carl Schmitt. Cette formule désormais célèbre peut se comprendre de deux façons : est souverain celui qui décide en cas d'exception, mais est souverain également celui qui décide de l'exception elle-même, c'est-à-dire qui décide que l'on est sorti d'une situation normale et que la règle ne peut plus s'appliquer. Il y a donc un lien étroit entre l'exception et la décision, que Schmitt identifie à la « cause première » de toute société ou entité politique. Schmitt voit dans la décision en cas d'exception (ou d'urgence) la plus pure expression de l'acte politique : la suspension des normes légales en cas d'exception constitue la manifestation ultime de la souveraineté politique. La souveraineté, souligne-t-il, n'est en effet pas tant le pouvoir de faire la loi que le pouvoir de la suspendre. Mais on aurait tort d'interpréter cette affirmation comme une apologie de l'arbitraire. D'une part, Schmitt souligne qu'en décidant dans un cas d'exception, le souverain n'est nullement rendu libre par les circonstances d'agir selon son bon plaisir, mais qu'il est au contraire obligé d'agir de la sorte compte tenu des responsabilités qui sont les siennes. D'autre part, il affirme que l'exception définit la règle en ce sens qu'on ne peut comprendre une règle sans prendre en considération ses limites, c'est-à-dire les circonstances qui peuvent la rendre inapplicable. En d'autres termes : qui décide de la dérogation à la norme fixe également la norme. « L'exception est plus intéressante que la règle, écrit Schmitt dans sa *Théologie politique*. La règle ne prouve rien ; l'exception prouve tout : elle confirme non seulement la règle mais aussi son existence, qui ne dérive que de l'exception ».

L'état d'exception est également important parce qu'il révèle le caractère originellement non normatif de la loi. Ce n'est d'ailleurs pas le droit (*Recht*) en tant que tel qui est suspendu dans l'état d'exception, mais seulement l'élément normatif de la loi (*Gesetz*). L'état d'exception révèle par là le caractère existentiel de la loi. L'exception est essentielle, non parce qu'elle est rare, mais parce qu'elle est imprévisible. Tout comme l'ennemi lui-même, qui ne peut être déterminé a priori par une norme générale préexistante – car l'inimitié est toujours liée au contexte concret du moment –, elle ne peut donc être codifiée à l'avance. En reliant le droit à sa source non juridique, en l'occurrence la décision souveraine, Schmitt s'attaque à toute forme de rationalisme constitutionnel, notamment à la théorie de l'Etat de droit ou à la théorie positiviste, selon lesquelles le souverain doit être en toutes circonstances respectueux des règles de droit. La survenue d'une situation d'exception, avec ce qu'elle implique, montre que ce n'est tout simplement pas possible, puisque la norme ne peut prévoir l'exception. Une Constitution reste en ce sens toujours incomplète. Tout au plus peut-elle prévoir une situation dans laquelle elle ne s'appliquerait plus. Enfin, Schmitt souligne que l'exception est par définition exceptionnelle, c'est-à-dire qu'elle ne saurait se transformer en un état de fait permanent.

La théorie du cas d'exception montre le caractère toujours éminemment *concret* de la pensée schmittienne : s'il récuse les théories formelles abstraites, c'est qu'il est

d'abord soucieux du contexte (et ici, il faudrait rappeler que c'est d'abord en considération des circonstances troublées traversées par son propre pays à partir de 1917-19 que Schmitt a énoncé sa doctrine). Dans la Constitution de 1919 de la République de Weimar, c'est le célèbre article 48, auquel Schmitt a consacré de nombreux écrits, qui définit l'état d'urgence au sens constitutionnel du terme. Cet article, assez comparable à l'article 16 de la Constitution de la Ve République française, attribue au président des pouvoirs extraordinaires pour faire face aux situations d'exception, y compris le droit de faire appel aux forces armées pour conjurer un grave trouble ou désordre intérieur. Cet article 48 fut invoqué plus de 250 fois sous Weimar !

Mais la notion d'état d'exception n'est évidemment pas propre à l'Allemagne (ou à la France). Une étude publiée en 1978 estimait qu'au moins 30 pays vivaient à cette date en régime d'état d'urgence. La Constitution américaine prévoit elle-même la suspension de l'*habeas corpus* dans certaines circonstances – mais au lieu d'en faire un privilège du pouvoir exécutif, elle attribue ce pouvoir suspensif au Congrès. Durant la guerre de Sécession, Abraham Lincoln avait décidé de suspendre l'*habeas corpus*, tout comme, après l'attaque de Pearl Harbor, Franlin D. Roosevelt avait fait interner dans des camps, à titre préventif, les Américains d'origine japonaise. A l'époque de la guerre froide, la confrontation avec l'Union soviétique a également amené les Etats-Unis à adopter certaines mesures d'exception censées être justifiées par des exigences de « sécurité nationale ». On peut citer ici le National Security Act de 1947 qui, dès cette époque, place la notion de « sécurité nationale » au centre des préoccupations américaines en matière de politique étrangère.

Les mesures prises par le gouvernement américain au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 ont donc des précédents. Mais elles ont aussi des caractéristiques particulières, qui les éloignent radicalement du « modèle » schmitien. Dans la mesure où elles prétendent faire face à un danger – le terrorisme global – auquel les autorités des Etats-Unis ont déclaré une guerre qui risque fort d'être sans fin, elles tendent de toute évidence à s'institutionnaliser de façon définitive, c'est-à-dire à perdurer indéfiniment.

Pour certains auteurs, le développement du terrorisme pouvait dès avant le 11 septembre justifier que soit décrété l'état d'exception. Après cette date, en tout cas, les choses se sont accélérées. Immédiatement après les attentats, George W. Bush a décrété l'état d'urgence. Un mois plus tard, le 24 octobre 2001, le USA Patriot Act (acronyme pour « Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism ») était approuvé à une écrasante majorité par la Chambre des Représentants. Il autorisait notamment le FBI à faire des recherches secrètes sur la vie privée des personnes soupçonnées de terrorisme, à fouiller à leur insu dans leurs ordinateurs grâce à des logiciels de surveillance, à conserver indéfiniment les traces de leurs navigations sur Internet. Il autorisait aussi le ministère de la Justice à faire arrêter et placer en détention tout étranger suspecté de mettre en danger la sécurité nationale. Enfin, le 13 novembre 2001, le président Bush signait également une ordonnance (« Military Order ») prévoyant le jugement des terroristes présumés par une cour militaire spéciale et le maintien de suspects

en détention illimitée.

Ces différentes lois d'exception ont permis d'arrêter et de détenir des suspects pendant une durée indéterminée, de les déporter, de les emprisonner dans des cellules d'isolement sans inculpation ni procès, et de perquisitionner leur domicile sans autorisation. Elles ont abouti à la création de zones de non-droit et à la suppression du statut juridique de certaines personnes. Le FBI et la National Security Agency (NSA) se sont en fait vu octroyer des compétences illimitées, échappant à tout contrôle judiciaire, en matière de surveillance des communications tant sur le territoire national qu'à l'étranger. Le « Military Order » du 13 novembre prévoyait de son côté que les sources de l'accusation pourraient rester secrètes, que les accusés ne disposeraient d'aucun recours et que les droits de la défense seraient « sévèrement limités ».

L'une des conséquences les plus spectaculaires de cet éventail de mesures a été l'internement dans un camp situé sur la base militaire américaine de Guantánamo, à Cuba, de plusieurs centaines de détenus (de plus de 40 nationalités différentes) susceptibles d'y être enfermés indéfiniment sans avoir jamais été inculpés ni même savoir ce qu'on leur reproche, sans pouvoir avoir accès à un avocat ni pouvoir bénéficier des dispositions de la Convention de Genève relatives au traitement des prisonniers de guerre. Pour ces détenus, faits prisonniers en Afghanistan, en Irak ou ailleurs, a été créé un statut d'« ennemis combattants illégaux » dénué de toute valeur ou contenu juridique. Internés sans jugement, les prisonniers de Guantánamo ne sont en effet ni des détenus de droit commun, ni des prisonniers politiques, ni des prisonniers de guerre. Nombre d'entre eux ont été victimes de mauvais traitements et de brutalités. Certains d'entre eux ont par la suite été transférés dans des pays alliés peu regardants sur les droits de l'homme pour y être systématiquement torturés. Le camp de Guantánamo est en fait, du point de vue juridique, une « zone grise » tout à fait comparable aux « zones grises » où agissent les narcotrafiquants. Le rapport annuel 2005 d'Amnesty International, rendu public le 25 mai 2005, n'a pas hésité à le décrire comme « le Goulag de notre époque ».

Au nom de la lutte contre le terrorisme et de l'union sacrée contre un péril imminent commun, de nombreuses libertés publiques ont donc été suspendues en Amérique. « Les libertés civiles ont été limitées, écrit Jean-Claude Marguerie, président du Tribunal de grande instance de Paris, et les garanties contre les atteintes aux droits fondamentaux considérablement réduites. Des milliers de suspects, Américains et plus encore étrangers, se sont trouvés privés de toute défense, de tout droit, de tout jugement ». Par la suite, un climat de peur n'a cessé d'être entretenu, favorisant en maintes occasions de nouvelles atteintes aux libertés des personnes. De la part des pouvoirs publics, l'allégation la plus courante a été celle des « menaces » qui pèsent sur la « sécurité nationale », deux concepts qui évoquent certes l'urgence ou l'exception, mais qui restent aussi flous l'un que l'autre, ce qui facilite leur instrumentalisation politique et juridique, ainsi que leur utilisation comme un prétexte pour restreindre les libertés. On constate d'ailleurs l'élargissement constant de ce concept de « sécurité nationale », qui possédait au départ une résonance essentiellement militaire, mais qui en est venu de proche en

proche à englober n'importe quel domaine de la vie sociale ou internationale.

On constate aujourd'hui que les mesures d'exception arrêtées par l'administration Bush ont été prises, non seulement en considération d'un état d'exception à l'échelon national, mais aussi à l'échelon international, et surtout que ces mesures n'ont cessé de proliférer. Le point important est évidemment là. Alors que dans le cas d'exception de type « classique », tel que le définit Carl Schmitt, les mesures adoptées pour faire face à une situation d'urgence sont généralement de courte durée, de façon à permettre un retour progressif à la normale, dans le cas des mesures prises au lendemain du 11 septembre, on a vu au contraire s'installer tout un dispositif d'exception qui s'est constamment renforcé par la suite.

La définition du terrorisme donnée par les pouvoirs publics est par ailleurs très extensive, puisqu'elle prend en compte aussi bien les actes que les intentions. Cette indétermination permet aisément de criminaliser certains comportements, de généraliser la suspicion, de justifier des mesures de détention préventive, de limiter la communication entre les accusés et leurs avocats, etc. Dans la mesure où elle vise d'abord des suspects, la législation antiterroriste s'applique en outre à toute la population, ce qui entraîne un véritable bouleversement du droit pénal. Mais la lutte du « Bien » contre le « Mal », thématique si fréquente du discours public aux Etats-Unis, a aussi une fonction de dérivation. Elle masque l'insécurité sociale et projette vers l'extérieur les contradictions internes du pays qui s'en réclame. Le discours sur la « sécurité intérieure » prolonge le discours sur la « sécurité nationale » en le rapportant à la société civile. L'utilisation du mot « sécurité » dans un sens toujours plus large s'accompagne d'une tendance à soustraire au débat public tous les problèmes qui s'y rapportent, aboutissant ainsi à une nouvelle forme de « dépolitisation ». Les atteintes aux libertés sont rendues possibles par l'attente des citoyens en matière de sécurité : le désir de sécurité prime le désir de liberté. Et il le prime d'autant plus que nous vivons dans un monde où les menaces sont à la fois omniprésentes et peu identifiables (c'est la « société du risque » évoquée par Ulrich Beck). Parallèlement, la lutte contre le terrorisme permet, à l'échelon international, de renforcer l'autorité de la puissance dominante américaine, présentée comme la mieux placée pour assurer une « protection globale ».

Enfin, le terrorisme redonne à l'Etat, qui semblait de plus en plus frappé d'impuissance face aux emprises globales et aux défis planétaires liés à la mondialisation, une légitimité et un rôle nouveaux. On ne s'étendra pas sur ce sujet, mais on peut se demander si l'Etat, dont Carl Schmitt avait clairement vu dès les années trente qu'il ne serait plus à l'avenir le lieu privilégié du politique, n'est pas en train de retrouver une nouvelle légitimité par le biais de son aptitude supposée à assurer la sécurité et notamment à lutter contre le terrorisme. C'est dans ce cadre qu'il faut situer les mesures d'exception adoptées récemment aux Etats-Unis et ailleurs. Celles-ci ont, d'un côté, d'évidents prolongements à l'échelon international, la lutte contre le terrorisme exigeant une coopération transnationale des forces de police et des services de renseignement (et de ce point de vue, la lutte antiterroriste s'inscrit parfaitement dans le cadre de la globalisation). Mais d'un autre côté, elles redonnent incontestablement un rôle à une structure étatique qui était en passe de

devenir de plus en plus impuissante, les élites nationales trouvant dans la guerre antiterroriste un créneau de choix pour pérenniser leur pouvoir et introduire un large éventail de lois leur permettant de s'imposer tant à leurs ennemis qu'à leur propre société civile. L'Etat, en d'autres termes, ne se légitime plus que par la sécurité et, en même temps, il s'appuie sur l'irrépressible désir de sécurité pour renforcer son emprise en restreignant les libertés. Comme l'a bien noté Jean Baudrillard, la vraie victoire du terrorisme est d'avoir précipité l'Occident tout entier dans un climat de peur et dans l'obsession de la sécurité, qui n'est elle-même qu'une forme voilée de terreur permanente.

Les législations antiterroristes, a écrit Jean-Claude Paye, « assurent la domination de la procédure d'exception. Ainsi, le rôle traditionnel de la procédure pénale est renversé. Au lieu d'être le cadre protégeant les différentes libertés publiques et privées, elle devient le moyen par lequel celles-ci sont systématiquement violées. En neutralisant les différentes garanties constitutionnelles, elle procède à une suspension du droit [...] La mutation est si significative qu'elle conduit à un bouleversement de la norme, les dérogations deviennent la règle. La procédure d'exception se substitue à la Constitution et à la loi ». « Le cadre de la lutte antiterroriste, ajoute-t-il, donne une nouvelle force à la théorie schmittienne de la souveraineté, fondée sur la décision en ce qui concerne l'exception [...] La lutte antiterroriste fait de la suspension du droit un acte fondateur d'une Constitution impériale. L'installation d'un tel ordre juridique donne une nouvelle dimension à la thèse fondamentale de Schmitt : la décision sur l'exception comme acte constitutif de la souveraineté. Les récentes mesures antiterroristes lui donnent raison dans sa caractérisation de l'état d'exception comme inscription de la dérogation dans le droit. On peut même dire qu'elles donnent sa vraie dimension à la thèse schmittienne du maintien de l'ordre juridique à travers la décision concernant l'exception [...] La lutte antiterroriste est le point le plus avancé dans la mise en place d'un état d'exception au niveau mondial ».

Mais la doctrine de l'état d'exception peut aussi être utilisée pour faire apparaître la « normalité » politico-juridique comme une sorte d'exception continuée. C'est cette dimension critique de l'ordre juridique libéral comme porteur d'un désordre refoulé ou d'une violence répressive masquée qui a surtout été retenue par des auteurs comme Giorgio Agamben, Tonio Negri ou Etienne Balibar. Elle débouche sur l'idée de l'exception comme norme permanente : pour Agamben, la pratique de gouvernement axée sur des procédures d'exception s'est déjà subrepticement substituée aux procédures démocratiques et aux normes de l'Etat de droit. L'actuel état d'exception ne serait alors que la révélation au grand jour d'une tendance latente antérieure, qui avait déjà été bien étudiée par Louis Althusser ou Michel Foucault.

Il n'en reste pas moins que l'état d'exception, lorsqu'il se généralise ou devient permanent, perd du même coup son caractère d'exception. Si l'adoption de mesures d'exception par les Etats-Unis semble répondre au modèle schmittien – tout en démentant paradoxalement l'idée, également soutenue par Carl Schmitt, que les régimes « libéraux » sont par nature incapables de faire face à l'état d'exception –, le fait que l'on s'achemine vers l'état d'exception permanent s'écarte considérablement

de ce modèle. La permanence de l'état d'exception – l'*exception sans exception* – n'est pas schmittienne (184). Mais c'est encore la pensée de Schmitt qui permet de comprendre ce qui est à l'œuvre dans son instauration, en l'occurrence une conception de l'inimitié qui relève de la théologie et de la « morale ». La leçon qu'il faut en tirer est que les régimes libéraux sont parfaitement capables de prendre des mesures d'exception – mais qu'ils tendent à transformer l'exception en règle sous l'influence de leur conception de l'ennemi (et aussi, bien entendu, sous celle des conditions de belligérance du moment). Agamben cite à ce propos l'opinion visionnaire de Walter Benjamin, selon qui « ce qui est désormais effectif, c'est l'état d'exception dans lequel nous vivons et que nous ne saurions plus distinguer de la règle ». « Ce qui, dans le passé, relevait de l'exception devient aujourd'hui l'état normal ou permanent », a écrit dans le même esprit Robert Kurz.

Alain de Benoist